

## 我が国における軍事司法の可能性

西村 峯 裕

### 第1節 序説

現在の我が国民には軍法会議は馴染みの薄い存在である。嘗ては我が国にも陸軍及び海軍各々軍法会議が設置されていたが、戦後、陸海軍の廃止と共に姿を消し、その後警察予備隊から保安隊を経て整えられた自衛隊には軍法会議に相当する司法機関は存在しないまま今日に至っているからである。ただ、愛媛丸事件では、急浮上して愛媛丸沈没の原因を為した米潜水艦長が米国で軍法会議にかけられるか否か、我が国でも連日のように報道され、国民の関心を集めた外、最近では北朝鮮からインドネシアを経て入国した元米陸軍軍曹ジェンキンス氏のキャンプ座間における軍法会議が国民的関心を集めた。いずれも米国の軍法会議ではあるが、軍法会議そのものに僅かながらも知見が得られたものと思われる。

陸、海、空の自衛隊が事実上陸、海、空軍であることは今日広く認識されている。憲法が戦力不保持を謳っているが故に建前上軍隊ではないものとして存在してきたが、自衛隊が実質的には軍隊以外のなにものでもないことは改めて説くまでもない。嘗ては軍法会議を持たないことが自衛隊が軍隊でないことの一つの根拠として挙げられたが、軍法会議は必ずしも軍隊の本質ではなく、それを欠いていることが事実上の軍隊であることを否定するものではない。軍法会議は軍の秩序維持という目的を達成するための手段に過ぎず、目的が達成されている限り手段が欠けていても軍隊としての本質に異なるところはないからである。

そもそも軍法会議は軍の自律性に由来する。軍は戦闘集団であり、他のどの組織にもまして一体化した組織行動をとらなければならない。仮令一人でも異なる行動をとる者があれば、組織行動が損なわれ、壊滅の危機に瀕する。そのため、古今東西を問わず、軍隊はその成員が遵守すべき規律

を定め、規律に服し、指揮官の統制に従って果敢に行動し、勲功を挙げた者には最高指揮官たる君主あるいは国家が恩賞を与え、規律に反した者は処罰し、賞罰を明らかにすることによってその精強さを維持せんとしたのである。<sup>(1)</sup>この理は現代国家の軍隊においても基本的には異なることはない。近代前の国家においては、規律は君主が定め、戦闘が終了した後、諸将を集め、評議を開き、賞罰を決するのが一般的であったと思われる。最高指揮官たる君主の名において軍律が定められ、これに違反した者が指揮官の統制権限の発露としての評議で裁かれ、処罰されたと観て良い。即ち、軍の自律性とは、軍が自ら規律を定め、これに違反した成員を軍自らが処罰して統制を維持しようとすることである。軍法会議はこの軍律違反者に対する処罰を決定する刑事裁判機関である。

しかし、近代国家では軍隊は民主的統制に服し、軍律もその重要な部分は違反者の身体的拘束や時には生命を奪うことをその制裁内容とすることから軍刑法として議会で制定されている。行政処分<sup>(2)</sup>に留まるものについてのみ一種の懲戒処分の根拠として、法の許容する範囲内で服務規律を軍自ら定めることが認められるに過ぎないであろう。軍の自律性は近代民主国家においては、軍律の重要な部分が軍隊の外に位置する議会で制定されるという意味で不完全なものとなっている。尤も、軍人の軍刑法違反の行為を裁くことが部隊指揮官の指揮統制権の一部として位置付けられ、軍人たる部隊指揮官が裁判官として司法権限を行使することを認めるとすれば、その限りにおいて軍の自律性は猶強く維持されていると考えられる。これは行政機関たる国防部門—国防省または陸軍省及び海軍省など—が司法権を兼有することを意味する。被告人の人権を保障するという観点からは軍法会議を終審とすることなく、通常裁判所に上訴する途を開くか、軍法会議を行政機関とは全く別の司法機関とするか、何れかの方法がとられなければならない。後者の場合、現役軍人が裁判官となる可能性は閉ざされるであろう。

重大な軍律違反が法によって犯罪とされるのは、それが単に軍の秩序を紊すに留まらず、国家の秩序を紊し、その存立を危うくするからである。

重要な軍律に違反した者に対し国が刑罰権を行使しようとするのはこの理由からである。<sup>(2)</sup> だが、刑罰は身体の拘束を伴い、時には生命をも奪うものであるから、その執行は適法且つ公正な裁判を経なければならない。軍律保持は部隊長の指揮統制権限に含まれるが、他方で司法の作用と重なり合うものであるため、両義性を有し、その調整如何が問われるのである。現代国家に於いては、部隊長の指揮統制権は懲戒権の範囲をどの程度超えられるか、或いは超えることができないのか、考えなければならない。

## 註

(1) 竹内照夫 韓非子(上) 14頁 昭和60年2月 明治書院

(2) 河井繁樹 「自衛隊司法制度の提言—軍刑法や軍法会議に相当する制度検討の必要性—」 陸戦研究 平成16年7月号 1頁は問題提起の労作である。

## 第2節 自衛隊の自律性

警察予備隊発足以来50有余年、自衛隊は国内では災害復旧に主に従事してきたが、湾岸戦争後のペルシャ湾への掃海部隊派遣を皮切りに海外でも平和維持や災害復旧で活動するようになり、その能力やモラルの高さは国際的にも評価されている。規律の遵守という目的が達成されている以上、手段としての軍法会議は欠けていても事実上の軍隊として欠けるところはないと言わなければならない。自衛隊の規律保持は司法機関たる軍法会議にまでは至らない懲戒処分によって達成されてきたと考えられる。

自衛隊員の服務規律は自衛隊法第4節、自衛隊員倫理法及び自衛隊法施行規則第57～65条等に定められている。自衛隊法第46条は、隊員の服務規律違反に対する懲戒処分として、免職、降任、停職、減給または戒告の処分を定めている。懲戒処分の手続きは、自衛隊法施行規則第66条以下に定められており、懲戒権者は被審理者から申し出があったときは、隊員の中から弁護人を指名しなければならない(第74条)。懲戒権者は、自ら若くは懲戒補佐官に命じて被審理者及び証人の尋問その他の証拠調べをすることができ(第75条①)、被審理者若くは弁護人は証人の尋問その他の

証拠調べを請求できる（第75条②）。懲戒権者は審理を終了する前に懲戒補佐官を列席させた上、原則として被審理者若くは弁護人の供述を聴取しなければならないものとし（第76条）、弁明の機会を与えている。懲戒補佐官は常置の機関である（第67、75～77条）。懲戒処分<sup>(4)</sup>に当たっては、被審理者の人権を尊重し、違反と処分の均衡を図るべきことが説かれてい<sup>(5)</sup>る。懲戒処分に不服がある場合、行政不服審査法の規定は適用されないが、内閣府設置法第54条に規定する審議会等に付議され、再審査されることになっている。

服務規律とその違反に対する懲戒処分は、国が使用者として公務員秩序を維持しようとするものであるが、自衛隊にあっては実質的には部隊長の指揮統制と把握することができる。服務規律の一部は自衛隊法の罰則と重複するが、その適用は、自衛隊員たる身分犯に対するものである場合でも社会全体の秩序を維持するため国民に対して行う刑罰権の行使である。裁判が通常裁判所でなく、特別の軍事裁判所で為される場合を想定しても、この理に異なるところはない。もし、憲法を改正して軍法会議を設けるとすれば、通常裁判所では何故不都合であるのか、その理由を明らかにしなければならない。

考えられる最も大きな理由は二つ存する。一つは裁判に長期間を要し軍律保持の目的が損なわれることである。違反に対し迅速な裁判と制裁が為されなければならない。二つには、これがより大きな理由であるが、軍事刑事事件の特殊性である。単に法律を専門的に学んだだけでは容易に理解しがたい部分がある。軍事刑事事件は軍事に関する専門的な知識と法律の専門的な知識を共に有する者でなければ公正には裁き得ないのである。通常裁判所に委ねることが却って人権を尊重しない結果に終わる危険性すら存するのである。ただ、嘗ての軍法会議には様々な問題があり、負のイメージがつきまとっている。軍法会議の必要性を論ずるに当たって、過去の軍法会議やそれに類似する制度を前提とすることがあってはならない。過去の制度を再検討し、その負側面を認識することから始めなければならない。次節以下で論ずることとする。

## 註

- (3) 服務法規研究会監修 陸上自衛隊服務規則及び同最速解説書 平成16年 4月 学陽書房参照
- (4) 服務法規研究会監修 陸上自衛隊新服務関係 Q & A 平成16年 6月 学陽書房66頁
- (5) 服務法規研究会監修 前掲書（前註）63頁

## 第3節 旧軍法会議の法的性質

### ①明治憲法下の軍法会議の地位

明治憲法（大日本帝国憲法）は、第57条第1項で司法権は天皇の名において裁判所がこれを行行使し、第2項で裁判所の構成は法律でこれを定めるものとし、第60条では特別裁判所の管轄は、法律でこれを定めるものとしていた。第57条第2項を受けて制定されていた裁判所構成法第2条本文は、通常裁判所では民事、刑事を裁判するものと定め、但書で法律で特別裁判所の管轄に属せしめたものはこの限りでない旨定めていた。それ故、通常裁判所と特別裁判所が司法権を分掌する形をとっていた。特別裁判所とは、特定の人や事件を裁判の対象とし、通常裁判所の系列の外に置かれる裁判所をいう。特別裁判所としては、皇室裁判所、行政裁判所、軍法会議があった。行政裁判所は行政部内にあり、軍法会議は軍内にあったから独立の司法権を有する裁判所とはいえ、行政機関が司法権を行行使するに等しく公正中立が十分担保されていたか、疑問が残る。同憲法は第24条で臣民に裁判を受ける権利を保障していたが、第32条では、臣民の権利義務の規定は陸、海軍の法令または規律に抵触しないものに限り軍人にも適用されるとしていたから軍人の人権が尊重されていたとはいいがたく、陸軍省、海軍省の中に設けられた軍法会議が中立公正に欠ける虞があっても軍の規律を維持するためにはやむを得ないものと考えていたのであろう。軍法会議を軍内に設置すると軍の自律性の要請には適合するが、今日の法感覚からすると権力分立原則に抵触し、公正中立が担保されないことになる。軍の外部に司法機関として設置すると権力分立原則には適合

し公正中立が担保され、被告人の人権保障にも資するが軍の自律性はやや弱まる。軍法会議は軍の自律性という観点から設置されるものであるが、同時に軍人の人権を濫りに侵害するものであってはならず裁判の公正中立が求められる。

## ②軍刑法の適用範囲

軍法会議は主に軍事犯罪を裁く裁判所であったが、その刑事実体法は刑法、軍刑法及び軍機保護法等その他の軍事犯罪を定める法律であり、刑事手続法は軍法会議法であった。軍刑法は単一の法律ではなく、陸軍刑法と海軍刑法に分かれ、いずれも明治14年に制定公布され、同15年1月1日より旧刑法と同時に施行された。が、刑法と陸軍刑法、海軍刑法は一般法と特別法の関係に立つものとして位置付けられてはいなかったため、明治41年に改正され、後2者は前者の特別法とされた。

陸軍刑法は、第1条から第24条までを総則とし、同法の人的、場所的適用範囲、軍刑法特有の違法性阻却事由等について定めていた。海軍刑法も第1条から第19条までを総則とし、ほぼ同様の内容であったのでここでは陸軍刑法に従って説明する。人的適用範囲は、軍人（第1条）、軍所屬の学生、生徒、軍属（第9条）を原則としたが、哨兵に対する暴行、脅迫、侮辱や、軍用物を焼き払い、毀滅する行為等、軍人や軍事施設を保護法益とする犯罪、戦地や占領地の住民の財産を盗んだり、更に婦女を暴行するなどの犯罪、俘虜を逃がしたり、奪い取る犯罪等については常人（軍人、軍属以外の者）にも軍刑法が適用された（第2条）。陸軍刑法の適用対象となる陸軍軍人を具体的に述べると、次の通りである（第8条、第9条）。①陸軍の現役にある者。但しまだ入営していない者及び婦休兵は除かれる。②招集中の在郷軍人。在郷軍人とは予備役・後備役・補充兵役等、現役にあってまだ入営していない者、婦休兵、退役将校・同相当官・準士官をいう。在郷軍人でも招集中でない者はここにいう陸軍軍人ではない。軍属は軍の高等文官、判任文官、同待遇者及びこれら以外の者で宣誓して陸軍に勤務する者を指す。宣誓して勤務する者とは、陸軍に勤務

する文官で誓文法及び読法の方式に従って宣誓した者を指す。海軍文官以外の者で軍に勤務する者でも、宣誓していなければ軍属ではなかった。因みに、自衛隊員は自衛官でなくとも宣誓義務があり（自衛隊法第53条）、事務官である自衛隊員は嘗ての軍属に相当する。尤も、軍法会議に相当する司法機関は存在せず、自衛隊法違反の行為で罰則（自衛隊法第118～126条）に触れる場合は全て通常裁判所で裁かれる。

### ③軍法会議の裁判権

軍法会議法も陸軍軍法会議法（以下陸会と略称する）と海軍軍法会議法（以下海会と略称する）の2つの法律から成っていた。いずれも軍法会議の構成に関する規定と軍法会議における刑事訴訟の手続きに関する規定から成っていた。そもそも軍法会議の起こりは、1869年に設置された札問所である。3年後に陸軍裁判所、海軍裁判所が設けられ、おのおの1883年の陸軍治罪法、翌年の海軍治罪法によって軍法会議となった。

軍刑法が適用されるということと軍法会議で裁かれるということとは必ずしも同一ではない。軍刑法上の犯罪でも通常裁判所で裁判権が行使される場合もあった。また、軍刑法以外の刑罰法規や刑法上の犯罪でも軍法会議で裁かれることもあった。それ故、軍法会議の裁判権の範囲についても観ておく必要がある。軍法会議の裁判権は大きく3種類からなる。身分に基づく裁判権、事物に基づく裁判権及び場所に基づく裁判権である。

#### i 身分に基づく裁判権

軍における一定の地位にある者、または軍と一定の関係にある者の犯罪は軍刑法犯であれ、刑法犯であれ軍法会議で裁かれた。具体的には、現役軍人として入営中の者、招集中の在郷軍人、その他部隊で勤務している在郷軍人、陸軍学生生徒、軍属、軍用船の船員、従軍記者や酒保商人（売店の経営者）など部隊に属し従う者、俘虜である（陸会1）。従軍記者やカメラマン、酒保商人などは宣誓していれば軍属に含まれるから軍刑法が適用されるが、ここでは宣誓していないことが前提となっており、一般人に軍刑法が適用される犯罪を除いて軍刑法は適用されず、一般刑法犯である。

例えば、現役軍人が犯罪を犯し、憲兵隊に逮捕された後、辞表を提出し、受理されて軍人の身分を失ったとしたら、もはや軍法会議で裁くことはできなかったのであろうか。これでは逃げ道を造ることになり、軍紀を維持することが難しくなるから現役軍人である間に犯した犯罪に就いてはその後に身分を喪失しても軍法会議の裁判権が及ぶとすべきである。陸軍軍法会議法第2条第2項では、身分継続中に逮捕、拘留されるか、軍法会議長官に対し捜査終了の報告があったときは、軍法会議の裁判権が及ぶものとしていた。

#### ii 事物に基づく裁判権

事物という、事柄や物を連想するが、ここではそういう意味ではなく、特定の犯罪を標準とするという意味である。在郷軍人で軍務に服さず、一般人の生活をしている者が制服を着用して軍刑法に違反した場合、軍法会議で裁くものとした。刑法その他の刑罰法規違反については通常裁判所の裁判権に服した。制服を着用していると、在郷軍人でも現役軍人の外観を与えるから軍刑法違反に対しては軍の司法権をこれに及ぼし、社会の軍に対する信頼を維持すべく軍法会議の裁判権に服さしめたのであろう（陸会3、陸刑8(4)前）。

#### iii 場所に基づく裁判権

i iiで掲げた軍法会議の裁判権が及ぶ者以外の者でも合囲地境内で軍刑法等に違反する犯罪を犯したときは軍法会議の裁判権が及んだ（陸会4）。合囲地境とは戒厳令（明示15年8月5日太政官布告第36号 以下戒厳と略称する）に基づく概念である。明治憲法第14条第1項で天皇が戒厳を宣告するものとし、第2項でその要件及び効力は法律で定めるものとしていた。戒厳令という語は俗に天皇の戒厳の宣告を指して用いられる場合もあったが、正しくは戒厳の要件、効力を定める太政官布告を指す。戒厳令は明治憲法制定前の太政官布告であるが、戒厳の要件、効力を定める法律は終戦まで制定されることがなく、憲法の規定との間に齟齬はあったが、戒厳令は存続し続けた。

戒厳の布告若しくは宣告の要件は臨戦地境若しくは合囲地境たることで



ある。臨戦地境とは戦時または事変に際し警戒すべき地域を区画したものであり、合囲地境とは敵に包囲されあるいは攻撃を受ける等の事変に際し警戒すべき地域を区画したものである（戒厳2、3）。戒厳が布告若しくは宣告された合囲地境内では、その地方の行政、司法事務は戒厳司令官に委ねられ、地方官、地方の裁判官及び検察官は戒厳司令官の指揮に従うものとされただけでなく、軍事に関する民事、刑事事件及び刑法上の一定の重要な犯罪については軍衙において裁判するものとされた（戒厳11）。合囲地境内に裁判所がなく、裁判所があっても交通が断絶しているときは民事刑事の別なく、全て軍衙において裁判するものとされた（戒厳12）。これらを受けて軍法会議は戒厳令に定める特別裁判権を行使しうるものと定められていた（陸会5、海会5）。但し、民事については陸、海軍とも軍法会議法には何等の定めもなく、ここにいう特別裁判権とは実質的には刑事裁判権を指すものと考えられる。

戦時、事変に際し、軍の安寧秩序を保持するため、必要あるときは臨時軍法会議の管轄地域（陸会16(3)、海会17(3)）で生じた常人の犯罪についても裁判権を行使することができた（陸会6、海会6）。同地域内に通常裁判所が存する場合は、交通途絶の場合以外は通常裁判所の裁判権と競合した。同一事件につき、双方に公訴が提起されたときは先着手優先の原則が定められていた（刑事交渉法第5条第1項）が、双方の官署が便宜と認め合意するときはその例外も認められた（同第2項）。

戒厳の効力はその解止の布告若しくは宣告の日まで存続した（戒厳15）。軍衙とは広く軍の役所を指称するが、ここでは軍の裁判機関を指すと考えてよい。陸軍、海軍軍法会議法はいずれも戒厳令の規定を受けて合囲地軍法会議の設置を定めていた（陸会9、海会9）。臨戦地には戒厳を要件とはしていない臨時軍法会議の特設が可能であった（陸会9、海会9）。国内で合囲地境が区画されることはなかったから実際に設けられた特設軍法会議はいずれも臨時軍法会議であったものと推測される。

## 第4節 旧軍法会議の構成

### ①軍法会議の種類

軍法会議の裁判権は部隊の司令権の範囲と可能な限り一致することが望ましいと考えられていたため部隊編成に即して次の軍法会議が設置されていた。陸軍では、高等軍法会議、軍軍法会議、師団軍法会議、合囲地軍法会議、臨時軍法会議の五つである（陸会8）。海軍では、高等軍法会議、東京軍法会議、鎮守府軍法会議、要港部軍法会議、艦隊軍法会議、合囲地軍法会議、臨時軍法会議である（海会8）。陸軍では前三者、海軍では前四者が常設であり、その他は特設であった。即ち、陸軍、海軍とも軍法会議は常設か特設かの基準による分類を旨としているので本稿でもこれを第一とし、その他の基準による分類を概観する。

#### i 常設軍法会議と特設軍法会議

常設軍法会議は戦時、事変、事件等（の有事）または平時を問わず設置されている軍法会議であり、戦時、事変、事件等の場合に設置されるのが特設軍法会議である。なお、海軍では、艦隊軍法会議も特設軍法会議である。これは艦隊の特性に由来するものと思われる。

高等軍法会議は陸軍、海軍それぞれに設けられていたが、いずれも三つの作用を有していた（陸会11、海会11）。第一は上告審である。軍軍法会議または師団軍法会議（海軍では東京軍法会議、鎮守府軍法会議、要港部軍法会議）の判決に不服がある場合、法令の判断、適用に誤りがあることのみを理由として陸軍高等軍法会議（海軍高等軍法会議）に上告することができた（陸会421～423、海会420～425）。即ち、常設軍法会議は二級二審制を原則とした。常設軍法会議は公開裁判を原則とし（陸会371、海会373）、弁護人を付するものとした（陸会367～369、海会369～371）。

第二は軍法会議の判決確定後、その判決が犯罪を構成しない行為に刑罰を言い渡し、或いは本来言い渡すべき刑よりも重い刑を言い渡している場合には、高等軍法会議の長官は検察官に対し非常上告を為さしめることが

できた（陸会468～471、海会470～474）。

第三は、将官、勅任文官及び勅任文官待遇者の犯罪につき事実審理と法律判断を共に行うものである（陸会11、海会11）。軍法会議の裁判権を部隊司令官の指揮権の一部と見るときは階級の下の方が上の者を裁く事はできないこととなる。これらの者は軍の身分（階級）が極めて高いために陸、海軍大臣が長官を務める（陸会10、海会10）高等軍法会議で裁く事を妥当としたのである。この場合には、もはや上告の途はないから例外として一審制であった。

陸軍の軍軍法会議と師団軍法会議は上下の別なく共に第一審であった。各々軍司令官、師団長が長官となった（陸会10）。軍軍法会議は師団に属する者以外で、軍司令官の部下に属する者及び監督を受ける者に対する被告事件について管轄権を有していた。軍管区内の師団以外の全ての部隊を一纏めにして一つの第一審たる軍法会議を置いたものである。これを自衛隊に準えていうと、軍とは軍団の意であるから、北部、東北、東部、中部及び西部の方面隊がこれに相当し、軍司令官（軍団長）は方面総監に相当する。軍管区内の師団以外の部隊とは、方面隊の師団以外の部隊、例えば方面航空隊、教育団、施設団等がこれに相当する。即ち、師団には師団軍法会議が置かれていたから、師団以外のこれらの部隊の全てを管轄する軍軍法会議が置かれていたのである。師団には、師団に準ずる旅団も含まれる。但し、これらの部隊に軍法会議が特設されている場合は除かれる（陸会12）。海軍の高等軍法会議以外の常設軍法会議は陸軍のそれに比し若干複雑である。東京軍法会議、鎮守府軍法会議、要港部軍法会議が第一審たる常設軍法会議であったが、要港部にはこれを設けない事もできた（海会9）。東京軍法会議は海軍大臣を、鎮守府軍法会議は鎮守府司令長官を、要港部軍法会議は要港部司令官を長官とした（海会10）。横須賀、呉、佐世保、舞鶴の四カ所に鎮守府が設けられ、大湊は要港部であった。これら五つはいずれも海上自衛隊地方総監部に衣替えしている。鎮守府軍法会議及び要港部軍法会議は以下の場合について管轄権を有していた。鎮守府司令長官及び要港部司令官の部下である者及び監督を受ける者が犯罪を犯し

た場合、海軍軍人、軍属等（海会1～3）が他の区域で犯罪を犯し、鎮守府海軍区内若しくは要港部警備区内に所在する場合、または当該区域内で犯罪を犯した場合、艦隊軍法会議から事件の移送を受けた場合（海会13、14）である。東京軍法会議は、海軍軍人、軍属等（海会1～3）の犯罪につき鎮守府軍法会議、要港部軍法会議及び三つの特設軍法会議のいずれの管轄権も及ばない場合、及び艦隊軍法会議から事件の移送を受けた場合について管轄権を有していた。鎮守府軍法会議も要港部軍法会議もそれぞれ管轄権の及ぶ空間的範囲は限定されている。特設軍法会議においても同様であるから、陸軍とは異なり海軍においては、東京軍法会議を設けないといずれの軍法会議の管轄権も及ばない場合があり得た。東京軍法会議を設けた意義はここに存したと思われる。

特設軍法会議のうち合囲地軍法会議は、合囲地境を確定して戒厳の宣告があった場合にこれと同時に合囲地境に設けられるべきものであった（陸会9、海会9）。ただ、戒厳の布告若しくは宣告は臨戦地境の確定その他の場合にも為され得た（戒厳2～5）から、戒厳の布告若しくは宣告があった場合に常に合囲地軍法会議が設置されたわけではない。戒厳の布告、宣告の有無を問わず、戦時、事変に際しては臨時軍法会議を特設することができた（陸会9、海会9）。ここで事変には事件をも含むものと解される。合囲地境も臨戦地境も平時においてはあり得ず、2・26事件に於ける戒厳の宣告はその法令の根拠条文は詳らかでないが、「平時土寇を鎮定する為臨時戒厳を要する場合においてはその地の司令官速やかに上奏して命を請ふべし。もし時機切迫して通信断絶し命を請ふの道なき時は直ちに戒厳を宣告することを得。」（戒厳5）によったものと考えられる。戒厳の布告より遅れて緊急勅令を以て東京陸軍軍法会議が開設されて<sup>(7)</sup>、その法的性質は臨時軍法会議であったと考えざるを得ない。尤も、戒厳の宣告は事件それ自体が収拾され、軍法会議の裁判が終了した後解止されており、同時に特設軍法会議たる東京陸軍軍法会議も廃止されているから当時は合囲地軍法会議と考えられていた可能性も捨てきれない。海軍には、合囲地軍法会議と臨時軍法会議以外に艦隊軍法会議を特設することができ

た。即ち、艦隊司令長官、独立艦隊司令官、若しくは分遣艦隊司令官の率いる艦隊または海外へ派遣する軍艦にこれを特設することができた（海会9）。艦隊は様々な編成で海外へ派遣され行動するが、派遣された艦隊内での刑事事件については国内で裁判するには関係者の移動等に時間がかかり、そのため艦隊の行動も制約されるから艦隊に軍法会議を特設することができるものとした。特設軍法会議からは高等軍法会議に上告する途はなく、一審制であり、裁判は非公開（陸会417、海会419）で且つ弁護人も付されなかった（陸会93、370、海会93、372）。常設軍法会議とは裁判官の任免の規定を異にし、裁判官の除斥回避に関する規定及び書面の形式に関する規定はこれに従わなくともよかった（陸会86、127 海会86、<sup>(8)</sup>127）。常設軍法会議よりもさらに欠陥の多い制度でありながら、先に述べたように一般民間人にも広く裁判権を及ぼすことのできた点は余りにも問題であった。

特設軍法会議のうち、合囲地軍法会議は既に述べたように戒厳の布告若しくは宣告に伴うものであるから戒厳の布告若しくは宣告が国内（内地若しくは準内地）のみを前提としていた（戒厳1）のか、或いは戦地においてもこれを布告若しくは宣告することができ、軍政の法的根拠と為しうるものであったのか定かでない。いずれにせよ、国内で布告若しくは宣告された場合には、合囲地軍法会議を特設しなければならなかった。しかし、戦時、事変等の場合も国内では常設軍法会議で裁くことができたから、国内では臨時軍法会議は不要であり、我が国の裁判権の及ばない海外の戦地において作戦を展開する軍隊にその規律保持の目的で設けることを予定したものと考えられる。特設軍法会議の特例は主にこのことに由来するのであり、派遣部隊が法務官を伴っているとは限らず、また、迅速な裁判を要したから裁判官の任免や除籍回避の規定、書面の形式等要件を緩和しており、作戦行動中の法廷闘争は好ましくないから、裁判を非公開とし、適切な弁護人を見出すことも困難であったからこれを付さないものとしたと考えられる。これらは軍事作戦を優先させてのものであり、今日の法常識に適うものではないが、人権尊重の観念に欠けた当時としては是認されたも

のであった。しかし、国内では常設軍法会議が審判の公開の原則をとり、弁護人を付すべきことを定めていたのであるから国内で生じた被告事件については常設軍法会議でこれを裁くことが妥当であった。2・26事件処理の為に軍法会議を特設したのはその前の昭和10年8月12日の相沢事件で法廷闘争にてこずったことから敢えて特設軍法会議によったものといわれている。この裁判が暗黒裁判と称される所以である。尤も、戒厳令下の裁判は非公開であることが軍人の常識であるとする見解もある。<sup>(11)</sup>

#### ii 始審軍法会議と上告軍法会議

常設軍法会議は二審制であったから、第一審の軍法会議は始審であり、上告軍法会議たる高等軍法会議は終審である。軍法会議法では、広く事実審理を行う軍法会議を始審と称したから、将官、勅任官、同待遇者の裁判については高等軍法会議も始審であり、且つ終審であった。同様に一審制の特設軍法会議は始審であり、且つ終審であった。<sup>(12)</sup>

#### iii 固定的軍法会議と移動的軍法会議

固定的軍法会議とは地域または部隊に設置され、固定性を有する軍法会議をいう。常設軍法会議はいずれも固定的軍法会議であり、特設軍法会議のうち合囲地軍法会議もこれに属する。移動的軍法会議とは部隊に設置され、これと共に移動しうる軍法会議をいう。特設軍法会議のうち臨時軍法会議がこれに属する。<sup>(13)</sup>

## ②軍法会議の職員

軍法会議の職員は判士、陸軍（海軍）法務官、陸軍（海軍）録事、陸軍（海軍）警査である（陸会31、海会31）。判士は陸軍では兵科（砲、工、歩、騎、輜重等の戦闘職種）将校から任命された（陸会32）が、海軍では兵科に限らず将校であれば足り（海会32）、機関科などの兵科以外の将校からも任命することができた。この点は陸軍と海軍の大きな相違である。将官を判士に任ずるときは、陸（海）軍大臣の奏請によらねばならなかったが、特設軍法会議では急速を要する場合に限り長官またはその直系上官は部下の将官を判士に任ずることができた（陸会33、海会33）。ここ

で長官の直系上官とは、例えば連隊に軍法会議が特設された場合、連隊長が長官となるが、その連隊の属する師団の師団長、さらには師団の属する軍（軍団）の軍司令官（軍団長）等である。佐官以下の将校を以て判士とするときは、長官が部下の将校からこれを任ずるものとし（陸会34①、海会34①）、部下でない将校を判士とする必要があるときは、陸（海）軍大臣がこれを任命した。特設軍法会議では急速を要する場合に限り、長官の直系上官が部下の将校を判士に任命することができた（陸会34②、海会34②）。

判士は軍法会議の裁判官となりうる資格であり（陸会47、海会47）、判士でなければ原則として裁判官となることはできなかつた<sup>(14)</sup>。陸軍では判士に任ぜられるべき者を兵科将校に限っていたが、これは兵科将校のみが軍の指揮権を有していたからであり、軍法会議の裁判を部隊指揮権の発露と捉えていたことを意味する。軍人の犯罪は必ず軍人が裁くものとし、審判権と軍隊の指揮権は一致すべきものとしたのである。海軍では兵科将校に限らなかつたから、この点は緩和されていた。

陸、海軍法務官は軍法会議長官に隸属し、裁判官（陸会47、海会47）、予審官（陸会62、海会62）、検察官（陸会68、海会68）に任ぜられ、その任用及び懲戒は勅令によって定むべきものとされた（陸会41、海会41）。<sup>(15)</sup>陸軍法務官及び海軍法務官任用令（大正10年勅令98号）によれば、法務官は司法官試補の資格ある者から法務官試補として採用され1年6ヶ月以上実務修習し、試験に合格した者、または判事、検事若くはこれと同種類のその他の資格ある者でなければならなかつた。法務官は終身官であり、勅任官または奏任官であった（陸会35、海会35）。法務官は訴訟上の職務を行うところから公正であることを強く求められ、刑事裁判または懲戒処分によるのでなければ免官または転官されることがない（陸会37、海会37）ものとして身分を保障されると共に政治活動や企業活動に係わること、<sup>(16)</sup>帝国議会や地方議会の議員になることや、報酬ある公務につくことが禁止されていた（陸会36、海会36）。尚、陸、海軍大臣は法務官が懲戒委員会に付されたり、刑事訴追されたり、病気のため職務を行うことができ

なくなった場合などに法務官に休職を命ずることができたが、その場合でも現俸の半分を支給されることになっていた（陸会39、海会39）。

特設軍法会議及び要港部軍法会議においては、法務官に替え、(兵科) 将校若しくは他の高等文官に検察官、予審官を務めさせることができた（陸会63 70、海会63 70）。陸（海）軍録事とは、書類の調製（陸会106、107 海会106、107）、送達（陸会128 海会128）等の事務を管掌し、取り調べや処分<sup>(17)</sup>に立ち会うこと（陸会108～110 海会108、110）を職責とするものであり、判任文官であった（陸会42、海会42）。特設軍法会議及び要港部軍法会議で準士官若しくは下士官を録事の任に当たらせることができた（陸会44、海会44）。合囲地軍法会議では一般に判任文官に録事の職を行わせることができた（陸会45、海会45）。陸（海）軍警査は捜査を補助し（陸会78 海会78）、送達を行うことを任務とする長官任命<sup>(18)</sup>の（陸会43、海会43）判任官待遇の文官であった。

### ③軍法会議の審判機関

審判機関とは、具体的な訴訟事件につき裁判権を現実に行使する複数の裁判官からなる合議体をいう。軍法会議法はこの合議体たる審判機関を軍法会議と称している。講学上の判決軍法会議がこれである。軍法会議は審判を行うにつき他からの干渉を受けないものと定められていた（陸会46、海会46）。

審判機関を構成する裁判官は原則として5名であり（陸会47①、海会47①）、長官がこれを定め（陸会48、海会48）、高等軍法会議で判士3名、法務官2名（陸会51①、海会52①）、その他の軍法会議では判士4名、法務官1名であった（陸会49①、海会49①）。特設軍法会議及び戦時、事変に於ける高等軍法会議以外の常設軍法会議では裁判長を除く判士たる裁判官2名を減じ、判士2名、法務官1名とすることができた（陸会47③、海会47③）のみならず、海軍では要港部軍法会議及び3種類の特設軍法会議においては、将校または将校相当官に法務官に替えて裁判官の職務を行わせることができた（海会50）。陸、海軍共に合囲地軍法会議で



は、法務官に替え、(兵科) 将校または合囲地境内にある他の高等文官に裁判官の職務を行わせることができた(陸会50、海会51)。特設軍法会議殊に合囲地軍法会議では裁判官が全て軍人で占められる場合もあり得ることになる。軍法会議の裁判長は上席の判士をこれに任じた(陸会47②、海会47②)から通常は長官が裁判長を務めたものと思われる。

猶、判士及び法務官は常設されているが、裁判官は常設されておらず、個々の具体的な事件に応じて審判機関たる判決軍法会議が構成されるに当たり、長官が判士及び法務官から裁判官を任命した。事件の審判が終了することにより判決軍法会議も消滅し、裁判官たる地位も消滅した<sup>(19)</sup>。即ち常設軍法会議においても審判機関たる合議体が常設されていたわけではなく、裁判官が常設されていたのでもなかった。条文からすると、常設軍法会議の意義は長官、判士及び法務官が常設され、録事、警査を擁し、審判すべき具体的事件があればいつでも審判機関たる判決軍法会議を構成できた点にある。審判機関が設けられている間だけの裁判官であり、その身分も保障されておらず、裁判長と他の裁判官との上下関係は部隊に於けるその反映であったから、公正な裁判が保障できる制度であったか疑問である。

有罪判決は裁判官が被告人を法的に非難するものであるから、陸軍軍法会議の裁判官たる兵科将校若しくは海軍軍法会議の裁判官たる将校は常に被告人と階級が同等以上の者であるべく定められていた。高等軍法会議以外の軍法会議においては被告人が下士官兵のときは、佐官1人、尉官3名、被告人が尉官または準士官のときは、佐官2人、尉官2人、被告人が佐官のときは将官1人、佐官3人、または将官2人、佐官2人、被告人が将官のときは将官4人と定め(陸会49②、海会49②)、且つ、判士の官等は被告人より下であってはならなかった(陸会49③、海会49③)。例えば被告人が中将であるとすれば、裁判官たる兵科将校は大將または中将でなければならなかった。交通断絶の際は被告人と同等以上の官等の者であれば足り(陸会49④)、例えば被告人が2等兵であっても将官と佐官が裁判官となったり、若しくは尉官4名が裁判官となったりすることを妨げな

かった。高等軍法会議においては、判士が3名であるところから同様の区別が別に定められていた（陸会51<sup>(20)</sup>、海会52②）。軍属（陸会53、海会53）や常人（陸会54、海会54）、俘虜（陸会55、海会55）についてもこれに準ずるものとされた。軍隊は命令の傳達によって機能する組織であるから階級の下の方が上の者を批判する関係を認めることはできない。且つ、軍法会議は部隊長の指揮統制権の一部と考えられていたから、階級の上の方が下の者を指揮すべく階級秩序を維持しなければならなかったのである。この区別の規定に従って審判機関を構成しないときは、裁判官の員数の規定に違反する場合と並び、常に上告の理由となった（陸会424①、海会426①）。

尤も、それなりに公正な審判機関を構成すべく裁判官の除斥、回避の制度は設けられていた（陸会80、84、海会80、84）。除斥原因は、裁判官が被害者であるとき、被告人または被害者と一定範囲の親族であるとき、被告人または被害者の法定後見人、同監督人であるとき、事件の証人または鑑定人になったとき、事件につき被告人の代理人、弁護人または保佐人になったとき、事件につき長官または検察官の職務を行ったとき、及び事件につき捜査、予審または前審に干与したとき、である（陸会81 海会81）。検察官または被告人は除斥原因等裁判官を変更すべき正当事由があるときは軍法会議長官にその変更を申し立てることができた（陸会82、海会82）。裁判官も同様に自ら回避を申し立てることができた（陸会84、海会84）。申立は長官から軍法会議に通知され、緊急の場合を除き裁判官の変更があるまで手続きは停止された（陸会83、398、海会83、400）。以上の規定は予審官及び録事に準用された（陸会85、海会85）。これらの規定に違反した場合は、常に上告理由となり判決は破棄すべきものとされていた（陸会424(2)、海会426）。これらの規定が特設軍法会議には適用されなかった（陸会86、海会86）ことは前述の通りである。

#### ④軍検察、軍司法警察、予審機関

軍検察機関とは、軍法会議の裁判権の及ぶ範囲で犯罪を捜査し、公訴を

提起し且つ続行する権限を専ら掌握する機関である。従って、検察機関は捜査機関と公訴機関とに分かれ、前者は犯罪の捜査を行い、後者は公訴の提起及びその続行を担当した。

陸軍大臣若しくは海軍大臣は公訴及び捜査を指揮監督するものとされ（陸会65①、海会65）、陸軍においては軍司令官は隷下部隊の軍法会議の管轄に属する事件につき公訴を指揮監督し、隷下部隊の軍法会議の管轄に属する事件、これと牽連する事件及び当該部隊内の犯罪事件につき捜査を指揮監督した（陸会65②）。軍法会議の長官は所管軍法会議の管轄に属する事件につき公訴を指揮するものとされ、所管軍法会議の管轄に属する事件、これと牽連する事件及び所管部隊内の犯罪事件につき捜査を指揮するものとされた（陸会66、海会66）。高等軍法会議の長官たる陸、海軍大臣はまた検察機関の長として陸軍若しくは海軍全体について公訴及び捜査を指揮監督し、陸軍にあっては軍司令官は軍軍法会議の長官としてその管轄に属する事件、その牽連する事件について同様に検察機関を指揮監督できただけでなく、師団軍法会議のそれらについても同様に指揮監督権を及ぼすことができた。師団軍法会議については師団長の指揮監督権の上に軍司令官の指揮監督権が位置付けられていたと考えられる。

軍の検察官は軍法会議長官に直接隷属し、その職務の執行については常に長官の指揮命令に従うものとされ（陸会67、海会67）、通常裁判所の検察機関とは異なり、相互に上下関係はなく、嘗て裁判所更生法第82条に定められていた自承権や同83条に定められていた移付権は無かった。それ故、所謂検事同一体の原則は軍法会議には当てはまらなかつた。<sup>(22)</sup>

検察官は軍法会議長官に隷属して捜査を行い、公訴を行うものとされ（陸会67、海会67）、法務官の中から長官が任命し（陸会68、海会68）、法務官試補にも検察官の職務を行わせることができた（陸会69、海会69）。特設軍法会議では、長官は（兵科）将校に検察官の職務を行わせることができ（陸会70、海会70）、そのうち、合囲地軍法会議では合囲地境内の法務官以外の高等文官に検察官の職務を行わせることもできた（陸会71、海会71）。しかし、その他の特設軍法会議では、（兵科）将校を用い

ることはできても法務官以外の高等文官に検察官の職務を行わせることはできなかつたと解される。

検察官は陸、海軍司法警察若しくは司法警察に捜査を補助させることができた（陸会72、海会72）。憲兵の将校、准士官または下士官は陸軍、海軍双方の司法警察官として捜査を行うものとされた（陸会73①、海会73①）が、陸、海軍大臣は所管の大臣と協議して警察官の中から陸、海軍司法警察官として勤務する者を指定することもできた（陸会73②、海会73②）。指定された警察官の部下である巡査は陸、海軍司法警察吏として捜査の補助を為すものとされた（陸会77②、海会77）。陸軍にあっては、中隊以上の部隊及びこれに準ずる部隊の部隊長、官衙、学校、特務機関及び戦時に於ける特設機関の長、海軍にあっては部隊長または分隊長はその部下または監督する者の犯罪につきそれぞれ軍司法警察官の職務を行い（陸会74、海会74）、特定事件につきこれを部下の将校（将校相当官）に委任することもできた（陸会75、海会75）。陸軍にあっては、いくつかの部隊の兵員から構成される臨時集成部隊（所謂混成部隊）の隊員にはその本属部隊の部隊長の捜査権限が及ぶが、その臨時集成部隊が本属部隊とは遠隔の地において本属部隊の部隊長の捜査権限が事実上行使できない場合には、その集成部隊の部隊長が捜査権限を有した（陸会74②）。

陸、海軍司法警察官とこれら司法警察官の職務を行う者は捜査を為すにつき上官の命令に従わなければならなかつた（陸会76、海会76）。例えば中隊長がその属する大隊の大隊長の命令に従うのは、大隊長も司法警察官としてその属する中隊に捜査権限を及ぼし得るから当然であり、大隊長が上官たる連隊長の命令に従うのも同様である。また、捜査を行うにつき、憲兵下士官が上官である憲兵准士官や将校の命令に従い、准士官や将校はさらにその上官の命令に従い、憲兵司令官に及ぶのは指揮命令の秩序からして当然である。陸、海軍司法警察官の職務を行う者はその部下に捜査の補助を命ずることができた（陸会79、海会79）から実質的には部隊として捜査を行うことができたことになる。

予審機関とは公訴を提起するか否かを決するため、即ち、事件が審判機

関の審判を必要とするに足るだけの嫌疑があるか否かを判断するために強制力を用いてその訴訟材料を蒐集する独立の機関である（陸会321、海会322<sup>(23)</sup>）。検察機関の判断が弾劾主義の訴訟において原告の立場に立つものであるから被告人の利益をも擁護し、公正を期するため予審機関を設けたものである。予審は検察官の請求を俟って開始される（陸会312、海会313）が、緊急の場合には検察官の請求を俟つことなく、訴訟材料の蒐集を開始することができた（陸会317、海会318）。予審を行う予審官（陸会61、海会61）は軍法会議長官が法務官の中から任命するものとし（陸会62、海会62）、陸軍の特設軍法会議においては陸軍兵科将校（陸会63）、海軍の特設軍法会議と要港部軍法会議においては将校若しくは将校相当官に予審官の職務を行わせることができ（海会63）、合囲地軍法会議長官は合囲地境内に存する高等文官に予審官の職務を行わせることができた（陸会64、海会64）。

審判機関のような明文の規定はないが、予審機関もまた公正な判断を保障されるべく他の一切の干渉を受けないものと解されて<sup>(24)</sup>いた。裁判官の除籍、回避の規定は予審官にも準用された（陸会85、海会85）。

## ⑤ 弁護人

軍法会議に於いて、検察官の訴追及び弾劾に対し被告人の利益を擁護することを職責とする者が弁護人である。弁護人はこの職責の範囲で被告人の代理人であり、他方独立の補助機関たる地位をも有していた。常設軍法会議では公訴の提起以後、被告人（陸会87①、海会87）、その法定代理人、保佐人（陸会87②、海会87）は弁護人を選任することができた。1年以上の懲役若しくは禁固以上の重い刑罰にあたる事件については弁護人の出廷、選任がなければ開廷することができなかった。弁護人の出廷または選任がないときは、裁判長が職権で弁護人を付きなければならなかった（陸会367、369、海会369、371）。裁判長は、被告人が心神喪失者、心神耗弱者、聾者、啞者である場合、その他必要と認める場合、検察官の意見を聴き決定を以て弁護人を付することができた（陸会368、369、海会

370、371)。弁護士となり得る者は、将校若しくは将校相当官、陸、海軍高等文官、陸、海軍大臣の指定した弁護士である（陸会88、海会88）。弁護人の選任は審級毎に行わなければならない、弁護人の私選は弁護人と連署した書面を以て行うべきものとされ（陸会89、海会89）、被告人1人につき2人までを限度とした（陸会90、海会90）。

弁護人は被告事件に関する書類及び証拠物を閲覧し、その書類をコピーすることができ（陸会91、海会91）、別段の規定がある場合に限り、独立して訴訟行為を行うことができた（陸会92、海会92）。別段の規定とは、押収捜索の立会権（陸会207、海会207）等各種の立会権（陸会227、278、352、356②、356③、357、358②、海会227、278、354、358、359、360②）、公判中の訊問請求権（陸会385③、海会387③）、公判中の意見陳述権（陸会392②、海会394②）、上告権（陸会422、海会424）等の規定を指す。弁護人はこの他、被告人の利益を擁護する範囲で広範な代理権を有すると解されていた<sup>(25)</sup>。

特設軍法会議においても弁護人を付すべきは当然であったが、訴訟の遅延を防ぎ、迅速な裁判を図るため弁護人を付することは許されなかった（陸会93、370 海会93、372）。軍の利益を優先したものである。

## 註

- (6) ワシントン軍縮により、大正12年3月24日、舞鶴鎮守府は要港部に格下げになり、昭和14年に鎮守府に昇格した。
- (7) 高橋正衛 2・26事件 中公新書 1965 180頁
- (8) 日高己雄 陸軍軍法会議法講義 良栄堂 昭和16年6月 43頁
- (9) 相沢三郎陸軍中佐が日本刀で永田鉄山軍務局長を惨殺した事件。（岡田益吉 日本陸軍英傑伝 1992年 光人社 40頁 高橋正衛 前掲書 133頁）
- (10) 高橋正衛 2・26事件 1989年 中公新書 180頁 平塚仁緒 「決起！ 尊皇討奸」（別冊歴史読本 2・26事件と昭和維新）144頁
- (11) 大谷敬二郎 2・26事件 1983年 図書出版社 173頁
- (12) 日高 前掲書 43～44頁
- (13) 日高 前掲書 44～45頁
- (14) 合囲地軍法会議では陸軍については長官は判士でない兵科将校を裁判官に任ずることができた（陸会50）。海軍では、特設軍法会議及び要港部軍法会議

の長官は判士以外の将校または将校相当官を裁判官に任ずることができた（海会50）。

- (15) 大正11年勅令第100号陸軍法務官及び海軍法務官懲戒令
- (16) 法務官が身体及び精神の衰弱により職務を行うことができなくなったときは、陸海軍大臣は高等軍法会議総会の決議により退職を命ずることができた（陸会38、海会38）。
- (17) 日高 前掲書 51頁
- (18) 日高 前掲書 52頁
- (19) 日高 前掲書 81頁
- (20) 高等軍法会議の判士3名については、以下のように定められていた。1. 被告人下士官または兵なるときは佐官二人尉官一人 2. 被告人尉官または准士官なるときは佐官三人または将官一人佐官二人 3. 被告人佐官なるときは将官二人佐官一人または将官三人 4. 被告人将官なるときは将官三人
- (21) 配偶者、4親等内の血族、3親等内の姻族または同居の戸主若くは家族
- (22) 日高 前掲書 97頁
- (23) 日高 前掲書 105頁
- (24) 日高 前掲書 107頁
- (25) 日高 前掲書 119～120頁

## 第5節 軍事司法の可能性

### ①旧制度の問題点

これまで概観してきた旧陸、海軍の軍法会議には致命的ともいうべき制度的欠陥が存した。それは、軍法会議が設置される部隊にあっては部隊の最高指揮官である部隊長即ち軍司令官や師団長、鎮守府長官などが当然に軍法会議の長官を兼務し、且つ管轄権の及ぶ範囲で軍検察を指揮し、司法警察権限をも全面的に掌握していたことである。中央にあっては軍政機関の長である陸軍大臣、海軍大臣は各々当然に高等軍法会議の長官を兼務し、それぞれ軍検察を指揮監督し、司法警察権限を全面的に有していた。必ずしも正確な喩えではないが、今日の社会に置き換えていうならば、県知事が地裁所長、地検検事正を兼ね、且つ、県警本部長を兼任するようなものであり、或いは内閣総理大臣が最高裁長官、検事総長を兼務し、警察庁長官を直接兼任するようなものであり、到底是認することはできない。

明治憲法の下でも司法権と行政権は明確に分離し、司法機関は行政機関の如何なる関与も受けないということ、即ち司法権の独立が共通の認識であったが、それは通常裁判所に限られ、特別裁判所<sup>(26)</sup>にあっては司法権と行政権の非分離も可能とされ、司法権の独立の例外と考えられていた節がある。特別裁判所に関するこのような解釈が妥当であったかどうかは疑わしいが、仮にこれを是認するとしても軍事刑事裁判所たる軍法会議長官が軍檢察機関の指揮監督権を有し、管轄部隊に対する全面的な司法警察権限を有したことまでも是認することはできなかった筈である。これでは客観的に公正な刑事裁判は到底担保されず、軍人が公正な刑事裁判を受ける権利（明憲24）を与えられていたとは言い難いからである。軍法会議は主に軍人、軍属を対象とする刑事裁判所であり、軍政機関に属するものとされていたが、実質的には軍令機関に属するものであったために刑事裁判所としての本質が見失われ、部隊長の指揮命令の無謬性を絶対的な前提とする弾劾の場を単に司法のオブラートで包んだものに過ぎなかったのではないか。

明治憲法は、裁判官は法律に定める資格を有した者でなければならぬとしていた（明憲58①）が、軍法会議の裁判官は、法務官はその資格を有する者であったけれども、判士は法律的素養の有無とは何の関係もない兵科将校乃至は将校、若しくは将校相当官であり、裁判官としての資格を備えた者であると言い得るか、疑問無しとしない。裁判は過半数で決せられた（陸会98、海会98）から、法務官と判士の意見が分かれたときは多数である判士の意見が裁判を決することになった。既に述べたように、審判機関は他の一切の関与を受けないものとされ、各裁判官は法律と自己の良心にのみ従って意見を表すべきものとされたが、具体的事件を離れては裁判官たる判士も将校として部隊長の指揮命令に服していたから、部隊長たる長官と意見が異なる場合に命令と服従の関係を一切没却して自らの見解を主張することは事実上不可能であったろう。さらに考えなければならないのは、兵科将校や将校、或いは士官候補生の教育に軍刑法や軍法会議法の法学教育が十分に行われた形跡が見当たらず、今日、法学部で行われ



ているような教育ですら士官候補生や将校に施されてはいなかった。一方、法務官は高等文官試験に合格しただけで、軍事については全くの素人であったから、軍人は法律を知らず、法務官は軍事を知らないという状況下で軍事刑事裁判が行われたのである。刑事法も軍事も共に専門性の高い分野であり、一方の知識のみを修めた者を単純に足して相補わせようとする審判機関の構成が妥当であったとは思われない。互いに他の専門を理解する素地を欠くからである。軍事刑事裁判は、軍刑法や軍法会議法などと軍事の双方の分野につき専門的な知識を有する者が裁判官を務めるべきである。特設軍法会議及び要港部軍法会議では、法務官を全く欠く審判機関の構成も可能であったから、審判が糾弾の場と化することがあっても不思議ではなかった。特設軍法会議は非公開で弁護人も付されず、且つ、一審制であったから暗黒裁判と非難される理由が制度そのものに内在していた。しかも、軍人、軍属だけでなく一般民間人にまで裁判権を及ぼし得たから臣民に公正な裁判を受ける権利を与えた明治憲法第24条に抵触していた可能性も否定できない。

軍法会議は制度は悪くなかったが、運用が悪かったと、この制度を運用した軍人にも非難を集中してきたきらいがある。しかし、そもそも制度そのものに重大な欠陥が内在するのであり、このような制度を与えられれば公正な結果を得ることの方が困難であろう。大正デモクラシー華やかなりし時代に制度の欠陥を論難することもなく、これを法制化した議会や議会を構成する当時の政党政治家にこそ第一義的な責任がある。遺憾ながら当時の政党政治家も含め国民の意識のレベルが低かったことを物語るものである。切り捨て御免の時代からまだ60年を経たに過ぎず、意識の近代化が進んでいなかったとしてもやむを得ないがこのような過ちは二度と繰り返してはならない。

## ②軍事司法の可能性

現行憲法は第76条で行政機関が終審として裁判を行うことを禁じ、且つ特別裁判所の設置を禁じているから特別裁判所として軍法会議を設置す

ることはできない。検討すべき可能性としては二つの方法が考えられる。

1. 行政機関が終審としてではなく準司法機関として刑事裁判を行う形式である。国家が刑事裁判権を行使する場であるから、通常裁判所に於いて重ねて事実審理を行うものでなければならず、高等裁判所に上訴する途を開いておかなければならないだろう。現職自衛官を審判官とするには憲法、刑法、自衛隊法、刑事訴訟法、戦時国際法などを中心にロースクールに準じた教育課程を修了した者であることが望ましい。従って、このような教育のプロセスを用意しなければならない。人権に係わる問題だけに慎重な配慮が求められる。そもそも準司法機関としてではあれ、行政機関が国家の刑事裁判権を行使することには強い異論もあり得よう。2. 家庭裁判所と同様に通常裁判所の系列に属する専門裁判所として軍事裁判所を設置する方法である。裁判官は通常裁判所の裁判官としての資格を有する者から選任されることになるから現職・予備・退職自衛官で司法試験に合格し、司法修習を経た者を裁判官に任ずることになろう。軍事と法律の双方に専門的な素養を有する者でなければならぬからである。司法試験に合格した一般の者から希望者を募り、自衛隊幹部候補生教育を施す方法も有り得る。が、いずれにもせよ、人材の確保に困難が伴うのではないか。第二審までを軍事裁判所とし、最高裁を上告審とすることになろう。他の事件を抱え込むことがないから、集中して迅速な裁判を行うことが可能となろう。但し、軍事刑事事件はしばしば極めて特殊で専門性が高いから裁判員制度には馴染まない。

憲法を改正して特別裁判所の設置を禁ずる旨の規定を削除した場合、どのような形態の軍法会議の設置が可能であろうか。1. 2. は共に可能である。尤も、1. については同様の異論が有り得る。

行政機関が終審として刑事裁判を行うような形態の軍法会議の設置は改正後の憲法も人権尊重を基本理念とする以上認められないだろう。従って、部隊長が長官となり、その指揮統制権の発動として上官が部下たる者を裁くような形態の軍法会議はあり得ないだろう。それは準司法機関としてのみ可能性が残される。3. 司法権を通常裁判所と特別裁判所が分掌す

る形で、純粹の司法機関として軍事裁判所を設置することは可能となろう。その場合、軍法会議は行政機関たる国防部門とは切り離された司法機関であるから軍事裁判所と称することが適切である。2. 3.のメリットは行政機関たる軍検察、軍司法警察と司法機関たる軍事裁判所が完全に分離され、且つ、軍令機関としての色彩を完全に払拭し、公正な裁判が期待できることである。裁判官は原則として常設でなければならないが、その一部を軍法曹資格を有する軍人からその独立性が担保される方法<sup>(27)</sup>で具体的な事件毎に裁判官に選任することができるか、猶議論の余地がある。いずれにもせよ、国防部門に大学院レベルのロースクールを設け、その過程を修了した者に軍法曹資格を与えることになろう。軍人は殺傷能力の高い危険な用具を使用、管理し、国防に殉ずべきものであるから、一般の国家公務員や特別国家公務員たる警察官などよりも人権が制約されることはやむを得ないが、制約された範囲では人権が尊重されなければならない。人権が制約されることと、制約された範囲で人権が尊重されることが十分に保障されないこととを同視すべきではない。自衛隊は警察予備隊として発足して以来、日陰者扱いされてきた長い経緯がある。湾岸戦争後、ペルシャ湾に掃海部隊を派遣して以来、こうした傾向は影を潜めたが、武器使用基準が緩和されず手足を縛られた状態で海外派遣が行われ、派遣される側の人権が十分に顧慮されていないきらいがある。将来憲法を改正して自衛隊を軍隊として法的に位置付けるにあたり、裁かれる側に立つ可能性のある者の人権を十分に顧慮しないまま、軍法会議が設置されることがあってはならない。自衛隊は実質的に国民の軍隊として存在しており、改憲により軍隊として法的に認知されてもこのことには変わりはない。軍法会議乃至は軍事裁判所は我が国が国際国家として生きていく上で必要なものではあるが、その内容については幅広い国民的議論を経ることが望ましい。国民の理解と支持を得ること無しに国民の軍隊が存続し、その機能を十全に発揮することはあり得ないからである。

註

(26) 美濃部達吉 逐条 憲法講義 昭和6年 有斐閣 565～571頁 604～

606頁

- (27) 戸田五郎「欧州人権条約と軍法会議の独立性・公平性—英国軍法会議に関する欧州人権裁判所の判例を素材として—」産大法学38巻3・4号233頁